

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/116946>

Please be advised that this information was generated on 2021-06-24 and may be subject to change.

TBR 2013/123

# Voorwaardelijke bestemming in toetsversie Omgevingswet

Dr. Demetrio Muñoz Gielen<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

De in februari j.l. uitgebrachte toetsversie van de concept-Omgevingswet (hierna: 'de Toetsversie') bevat een noviteit in het Nederlands publiekrechtelijk planologisch instrumentarium: de mogelijkheid om bouwplannen planologisch in te passen op voorwaarde dat de kosten van openbare voorzieningen en faciliteiten privaatrechtelijk worden verhaald. Deze noviteit is geïnspireerd op de wat langere ervaring die Engelse en Spaanse gemeenten hebben met faciliterend grondbeleid. Het huidige voorstel biedt mogelijkheden maar kan ook op een aantal punten worden verbeterd.

Deze voorwaardelijke bestemming, die van nut kan zijn voor faciliterend grondbeleid, wordt geïntroduceerd in artikel 12.1 lid 2.b van hoofdstuk 12 'Grondexploitatie' van de Toetsversie, in combinatie met lid 3.b van hetzelfde artikel. In de in september 2012 uitgebrachte werkversie van de Omgevingswet (hierna: 'de Werkversie') gaf het Ministerie van Infrastructuur en Milieu al aan deze mogelijkheid te onderzoeken (artikelsgewijze MvT Werkversie, p. 29, regels 39-44).

Lid 2.b van de Toetsversie schrijft voor dat voor het gebied waarop in een Omgevingsplan (de opvolger van o.a. het bestemmingsplan) een functie als voorwaardelijk is vastgesteld, het college van burgemeester en wethouders een exploitatieplan niet hoeft vast te stellen bij de vaststelling van het omgevingsplan, maar pas op het moment dat de omgevingsvergunning wordt verleend. De gemeente mag dus de wettelijke plicht om de kosten van de grondexploitatie te verzekeren 'doorschuiven' naar

het moment waarop de omgevingsvergunning wordt verleend. Lid 3.b schrijft voor dat het college toch kan afzien van vaststelling van een exploitatieplan als dit een tekort vertoont en de kosten niet anderszins zijn verzekerd (als de kosten niet op een andere wijze gedekt zijn).<sup>2</sup> Gemeenten kunnen nu namelijk onder de afdeling grondexploitatie van de Wro (voortaan: Grondexploitatiewet) formeel gezien gedwongen worden om een tekort van een exploitatieplan te dekken. In de praktijk kunnen gemeenten, nu al, via een omweg van deze verplichting afzien: op basis van bestaande jurisprudentie kan een gemeente, bij een ongedekt tekort, de economische uitvoerbaarheid van de nieuwe bestemming onvoldoende onderbouwen, wat het argument biedt om alsnog te weigeren het voorgenomen bouwplan planologisch in te passen.<sup>3</sup> Toch is het m.i. van belang dat lid 3.b van de Toetsversie een directe weigering mogelijk maakt.

De gevolgen van de introductie van een voorwaardelijke bestemming zijn tot dus ver maar gedeeltelijk verkend in de vakliteratuur.<sup>4</sup> Reden daarvoor is dat de regeling niet opgenomen was in de Werkversie en pas in de Toetsversie is geïntroduceerd. Dit blijkt ook uit het feit dat de regeling in de Toetsversie nog niet is uitgewerkt en verdere inbedding in de rest van de wet voorsnog ontbreekt. Zo creëert de regeling in feite een nieuwe weigeringsgrond voor het verlenen van de omgevingsvergunning in die zin dat de grondexploitant en de gemeente het tekort eerst moeten verzekeren in een anterieure overeenkomst. Dit betekent dat aan de omgevingsvergunning, naast een 'betalingsvoorschrift' gekoppeld aan een vastgesteld exploitatieplan, ook een betalingsvoorschrift mag worden verbonden

1 Demetrio Muñoz Gielen is docent aan de Universiteit van Amsterdam en aan de Nijmegen School of Management van de Radboud Universiteit in Nijmegen, beleidsambtenaar in de gemeente Purmerend en zelfstandige adviseur ([www.urbsadvies.nl](http://www.urbsadvies.nl)).

2 Deze mogelijkheid om af te zien van vaststelling van het exploitatieplan als het een financieel tekort toont was al opgenomen in artikel 12.1 lid 9 van de Werkversie, zie ook Van Baardewijk (2013), 'Wijzigingen van de afdeling Grondexploitatie in de Omgevingswet', *Grondzaken in de Praktijk*, april 2013, p. 25-26.

3 De gemeente kan namelijk in het kader van het onderzoek dat moet leiden tot de paragraaf economische uitvoerbaarheid in de toelichting van het vast te stellen bestemmingsplan aangeven dat de werken en maatregelen die noodzakelijk zijn om de voorgenomen nieuwe bestemming te realiseren, economisch onhaalbaar zijn. De gemeente mag dan afzien van vaststelling van het bestemmingsplan.

4 Van Baardewijk heeft de gevolgen deels verkend (2013, p. 25-26), en De Groot, De Snoo, Ellerman, Brans, Dieperink, Ferwerda en Aarts ('Toetsversie Omgevingswet: overzicht en aanbevelingen', *TBR 2013/94*, p. 644-645) hebben de gevolgen maar zijdelings aangekaart.

dat gekoppeld is aan het sluiten van een anterieure overeenkomst. Dit kan wellicht gevolgen hebben voor de formulering van artikel 5.23 van de wet.<sup>5</sup> Deze bestemmingsvoorwaarde vult in feite de in artikel 1.3 van de Toetsversie opgenomen begrippen 'veilige en gezonde fysieke leefomgeving' en 'goede omgevingskwaliteit' aan. Dit zijn de fundamentele criteria op basis waarvan medewerking of weigering van medewerking aan een aanvraag om een ontwikkeling planologisch mogelijk te maken op rechtmatigheid mogen worden beoordeeld.

## 2. Mogelijkheden voorwaardelijke bestemming voor faciliterend grondbeleid

De gecombineerde werking van lid 2.b en lid 3.b van artikel 12.1 van de Toetsversie maakt het mogelijk voor gemeenten om bij bouwinitiatieven van private grondexploitanten, waarbij uit de exploitatieopzet blijkt dat bij eventuele vaststelling van een exploitatieplan sprake zou zijn van een tekort, alsnog een bestemming vast te stellen die pas effectief wordt op het moment dat achteraf blijkt dat dit tekort er niet meer is. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als achteraf de initiatiefnemer bereid is om het tekort voor zijn rekening te nemen, of anderszins het tekort wegwerkt. Bijvoorbeeld door een lagere inbrengwaarde voor zijn grond te accepteren, hetgeen de kosten vermindert en zo het tekort doet verdwijnen. Of door zijn winst in de grondexploitatie in te leveren en genoegen te nemen met winst in de vastgoedexploitatie.

Hierbij zijn twee varianten denkbaar. In de eerste variant legt de gemeente een gedetailleerde voorwaardelijke bestemming vast en pas nadat het tekort verzekerd is (omdat de initiatiefnemer het tekort voor zijn rekening neemt in een anterieure overeenkomst of anderszins wegwerkt) verleent zij een omgevingsvergunning. De tweede variant werd al in de Werkversie van september 2012 opgenomen: artikel 12.1 lid 5.a introduceerde de mogelijkheid om bij globale bestemmingen met uitwerkingsplicht de vaststelling van het exploitatieplan door te schuiven naar het moment van vaststelling van het uitwerkingsplan.<sup>6</sup> In de Toetsversie is deze mogelijkheid weggehaald uit lid 5, maar uit de concept memorie van toelichting (algemeen deel, p. 135-136) en uit de artikelsgewijze toelichting (p. 108) blijkt dat onder lid 2.b van de Toetsversie ook de mogelijkheid wordt opgenomen tot diezelfde bevoegdheid. Het komt erop neer dat voor gemeenten een tweede

variant mogelijk wordt: een uit te werken voorwaardelijke bestemming vaststellen zonder een exploitatieplan, en vervolgens de vaststelling van het uitwerkingsplan te kunnen weigeren als achteraf het tekort niet verzekerd blijkt.

Vooraf in herstructurerings- en transformatielocaties komt het steeds meer voor dat het publiekrechtelijke kostenverhaal een financieel tekort vertoont. De Grondexploitatiewet beperkt namelijk de soorten kosten die verhaald mogen worden via een exploitatieplan, en schrijft tevens vaak hoge inbrengwaarden voor de grond voor die door het effect van macroaftopping niet verhaalbaar zijn op de particuliere grondexploitanten. Grondexploitanten kunnen namelijk deze hoge inbrengwaarde aftrekken van hun exploitatiebijdragen, ook als zij in werkelijkheid veel minder voor de grond hebben betaald. Het komt op deze manier vaak voor dat er bouwinitiatieven zijn die op basis van de werkelijke grondverwervingskosten financieel haalbaar zijn, maar die een tekort vertonen zodra ze vertaald worden in een exploitatieplan. Het gevolg is dat gemeenten die een exploitatieplan vaststellen een tekort moeten subsidiëren terwijl er particuliere grondexploitanten zijn die de economische waardeverhoging grotendeels naar zich toe trekken in de vorm van aanzienlijke winstmarges in de grondexploitatie.

De voorwaardelijke bestemming wordt gepresenteerd als onderdeel van een reeks maatregelen om de flexibiliteit te vergroten en een 'uitnodigingsplanning' mogelijk te maken.<sup>7</sup> Het is de bedoeling hiermee kaders te scheppen waarbinnen marktpartijen de ruimte krijgen om zelf ruimtelijke ontwikkeling in te vullen en uit te voeren. Het toverwoord 'flexibiliteit' werd tot nu toe te vaak alleen gebruikt om de administratieve procedures en het overheidsoptreden aan te passen aan de veranderlijkheid en dynamiek van de praktijk van stedelijke ontwikkeling. Met de voorwaardelijke bestemming lijkt de wetgever aan te sluiten bij de behoefte uit de praktijk om ook de economische uitvoerbaarheid flexibeler te onderbouwen, bijvoorbeeld door meer realistische inbrengwaarden voor de grond als uitgangspunt te hanteren.

## 3. Huidige praktijk voorwaardelijke bestemmingswijziging

Gemeenten zijn nu vaak geneigd om bouwinitiatieven op private gronden pas planologisch in te pas-

5 Zie voor een overzicht van de veranderingen van de Toetsversie op het punt van vergunningsvoorschriften, Hillegers, Lam en Nijmeijer (2013), 'De omgevingsvergunning in de Omgevingswet', *TBR* 2013/93, p. 626.

6 Zie Van Baardewijk (2013, p. 25) voor meer uitleg over de in de Werkversie geïntroduceerde bevoegdheid om de vaststelling van het exploitatieplan door te mogen schuiven naar het moment van vaststelling van het uitwerkingsplan.

7 Zie Hoofdstuk 5.5 algemeen deel, en p. 108 artikelsgewijs deel van de concept memorie van toelichting van de Toetsversie.

sen nadat het kostenverhaal in een anterieure overeenkomst is verzekerd.<sup>8</sup> Hiermee proberen gemeenten te vermijden dat ze een eventueel tekort moeten subsidiëren. Gemeenten stellen bovendien liever geen exploitatieplan vast omdat het instrument exploitatieplan een aantal financiële risico's, en tevens de nodige ambtelijke inzet met zich meebrengt.

Een eerste negatief neveneffect van deze praktijk is dat gemeenten en initiatiefnemers het plan eerst stedenbouwkundig en financieel moeten uitwerken alvorens een volwaardige publieke besluitvorming te kunnen organiseren. Dat betekent dat vaak lang onderzocht, getekend en onderhandeld wordt voordat het college en de raad zich formeel over de ruimtelijke inpasbaarheid en wenselijkheid van het initiatief kunnen uitspreken. Een publieke vaststelling van het plan, zonder de kosten eerst te hebben verzekerd, kan zich immers tegen de gemeente keren. Als uiteindelijk zou blijken dat de initiatiefnemer niet bereid is alle kosten te dragen, dan zou het weleens lastig kunnen worden voor de gemeente om te onderbouwen waarom het bouwplan alsnog geweigerd moet worden. Volgens bestaande jurisprudentie mogen gemeenten namelijk alleen 'ruimtelijk relevante' argumenten hanteren om een aanvraag voor de wijziging van een bestemming te weigeren. Wanneer gemeenten reeds publiekelijk verklaard hebben dat een bouwinitiatief ruimtelijk inpasbaar is, mogen ze de wijziging van de bestemming niet alsnog weigeren met het argument dat de grondeigenaren geweigerd hebben om een anterieure overeenkomst te sluiten. De Grondexploitatiewet veronderstelt namelijk dat gemeenten het kostenverhaal via een exploitatieplan kunnen regelen, en dat blijft ongewijzigd in de Toetsversie. Zoals boven vermeld, alleen als de gemeente een exploitatietekort kan aantonen, mag zij de aanvraag weigeren. Lukt het de gemeente niet dit tekort te onderbouwen, dan kan ze het bouwinitiatief niet weigeren en is zij verplicht om een exploitatieplan vast te stellen.

Vanuit een financieel standpunt doen gemeenten er daarom verstandig aan om een volwaardige besluitvorming pas te organiseren nadat zowel de ruimtelijke als ook de financiële haalbaarheid zijn aangetoond, namelijk pas wanneer de kosten verzekerd zijn in een anterieure overeenkomst. Het gevolg is dat gemeenten en private partijen jarenlang de plannen moeten uitwerken en onderhandelen zonder dat de gemeenteraad en het publiek er op een volwaardige wijze bij betrokken zijn. Dit is m.i. bezwaar-

lijk vanuit het oogpunt van rechtsstatelijkheid en rechtszekerheid, en bevordert niet de democratische legitimiteit en het maatschappelijk en politiek draagvlak voor het ruimtelijke ordeningsbeleid.

Een tweede negatief neveneffect is dat marktpartijen heel lang in onzekerheid blijven over de bouw mogelijkheden op hun grond. Na jarenlang onderhandelen en overleggen met de gemeente is er namelijk nog geen sprake van een publieke, harde uitspraak over de ruimtelijke inpassing en de wenselijkheid van hun initiatief. Die onzekerheid ontstaat tevens uit het feit dat na de ondertekening van de anterieure overeenkomst de volledige procedure om de bestemming te wijzigen alsnog moet worden doorlopen, met het risico dat uiteindelijk in de gemeenteraad onvoldoende draagvlak blijkt te zijn voor het initiatief en/of dat er aanpassingen aan het voorgenomen bouwplan worden geëist.

Tijdige zekerheid over de bouw mogelijkheden is essentieel om de financiering van bouwplannen te regelen. Banken, investeerders en onroerendgoedbeleggers stellen, zeker in de laatste jaren, steeds hogere eisen aan het risicoprofiel van bouwplannen. Onzekerheid over of de gemeente uiteindelijk wel of niet het bouwplan planologisch gaat inpassen, onder welke voorwaarden en wanneer, heeft directe invloed op het risicoprofiel en daarmee ook op de risico-opslagen van de rente van bankleningen en op de rendementseisen van investeerders en beleggers. Vaak leidt een hoger risicoprofiel zelfs tot de weigering van de bank om een lening te geven of van de belegger om te investeren in het project. Er zijn hierdoor in de laatste jaren tal van bouwprojecten in de voorbereiding gesneuveld of getraineed, terwijl tussen gemeente en initiatiefnemer in grote lijnen overeenstemming bestond over de programmatische en stedenbouwkundige invulling van de nieuwe bestemming. Gemeenten en marktpartijen zitten gevangen in een vicieuze cirkel: gemeenten durven de zekerheid die marktpartijen nodig hebben niet te geven omdat ze bang zijn de mogelijkheid van (volledig) kostenverhaal in gevaar te brengen, en marktpartijen kunnen door de onzekerheid niet of onvoldoende aan financiering komen, met als gevolg dat er niet wordt gebouwd.

#### 4. Ervaring in Engeland en Spanje

De in de Toetsversie opgenomen voorwaardelijke bestemming is geïnspireerd door een vergelijk-

<sup>8</sup> Het blijkt dat dit al een tijd aan de orde is, er zijn bronnen die een vergelijkbare praktijk al in de jaren 1980 constateerden: Faludi (1987), *A Decision-centred View of Environmental Planning*, Pergamon Press, Oxford, p. 116, 185; Buitelaar, Cobussen en Needham (2007), 'Sturen met bestemmingsplannen: ruimtelijke ordening tussen uitzondering en regel', in *Stedebouw & Ruimtelijke Ordening* (6), p. 54.

bare regeling uit Engeland en Spanje.<sup>9</sup> Engelse en Spaanse gemeenten voeren al decennia een voornamelijk faciliterend grondbeleid. Het kostenverhaal is daar een belangrijke pijler geworden van het planologische stelsel en van de praktijk van stedelijke ontwikkeling, en de centrale overheid heeft in de loop der jaren wettelijke aanpassingen doorgevoerd, ten einde gemeenten de juiste instrumenten te bieden om de onderhandelingen met marktpartijen te ondersteunen en transparanter te maken. Een belangrijk instrument hierbij is de mogelijkheid om planologische inpassing voorwaardelijk te stellen aan de ondertekening van het equivalent van wat in Nederland een anterieure overeenkomst heet. De regeling heeft er in deze landen voor gezorgd dat gemeenten, nadat initiatiefnemers zich hebben aangemeld, relatief vroeg in planprocessen de bestemming wijzigen en daarbij de kostenverhaalen openlijk vaststellen.<sup>10</sup> De aldus gewijzigde bestemming wordt pas definitief op het moment dat de initiatiefnemer en de gemeente de gemeentelijke eisen uit onderhandeld en een anterieure overeenkomst gesloten hebben. Het besluitvormingsproces kent in deze landen zo een meer zuivere route: het college en/of de gemeenteraad besluiten eerst in het openbaar over de ruimtelijke inpasbaarheid en wenselijkheid van het initiatief, en de onderhandelingen, die de economische uitvoerbaarheid moeten bepalen, worden pas daarna gevoerd. Marktpartijen kunnen hiermee hun risico's verkleinen en de financiering regelen.<sup>11</sup>

De in de Toetsversie opgenomen voorwaardelijke bestemming zou een vergelijkbaar positief effect kunnen hebben. Van de twee hierboven genoemde varianten zou de gedetailleerde bestemming kunnen worden vastgesteld voor bouwinitiatieven waarvan het voorgenomen bouwplan concreet en reeds uitgewerkt is. De tweede variant, waarbij de gemeente eerst een uit te werken globale voorwaardelijke bestemming vaststelt, kan worden gehanteerd bij initiatieven waarbij nog onduidelijkheid is over het definitieve bouwplan, maar waar wel behoefte is aan enige zekerheid over de ruimtelijke inpasbaarheid om de financiering te kunnen regelen.

Een belangrijk verschil in de toepassing van de regeling in Engeland en Spanje en die in de Toetsversie betreft de rol die het exploitatieplan speelt in Nederland. In Engeland en Spanje is het planologisch instrumentarium, in geval van zelfrealisatie, erop gericht dat de planuitvoering de volledige verantwoordelijkheid is van de private grondexploitant, en niet zoals in Nederland gedeeltelijk die van de gemeente wanneer die het exploitatieplan moet vaststellen. De voorwaardelijke bestemming wordt in die landen daarom pas definitief als de private grondexploitant een anterieure overeenkomst ondertekent. Engelse en Spaanse gemeenten mogen dus weigeren het equivalent van een omgevingsvergunning te verlenen als de grondexploitant ondertekening weigert. Er geldt daar geen wettelijke plicht, zoals in Nederland het geval is, om eerst na te gaan of de gemeente de kosten via een exploitatieplan kan verhalen. Wanneer via een exploitatieplan alle kosten kunnen worden verhaald en er geen sprake is van een ongedekt tekort, mogen Nederlandse gemeenten niet weigeren om de omgevingsvergunning te verlenen, ook wanneer de nieuwe Omgevingswet een voorwaardelijke bestemming, zoals nu opgenomen in de Toetsversie, mogelijk zou maken.

## 5. Verbeterpunten concept-Omgevingswet

De voorwaardelijke bestemming, zoals opgenomen in de artikelen 12.1 lid 2.b en lid 3.b van de Toetsversie, kan goed werken bij middelgrote tot grote bouwplannen waar aantoonbaar sprake zou zijn van een exploitatietekort wanneer de gemeente het kostenverhaal publiekrechtelijk zou verhalen. Bij plannen van deze omvang is de kans groter dat er voldoende ambtelijke capaciteit beschikbaar is om het exploitatietekort vroegtijdig te signaleren en te onderbouwen. De kans is dan namelijk groot dat er voldoende planeconomische capaciteit beschikbaar is om een exploitatieopzet te berekenen. Een mogelijk nadeel van de voorwaardelijke bestemming zoals nu opgenomen in de Toetsversie is dat de theoretische mogelijkheid blijft bestaan dat de particuliere grondexploitant zich bereid verklaart

9 De regio Valencia was de eerste in Spanje die in 1994 deze regeling introduceerde (*Ley de Regulación de la Actividad Urbanística*, LRAU, vastgesteld in december 1994), en inmiddels hebben bijna alle 17 regio's deze regeling overgenomen. Deze regeling vormt een van de belangrijkste ingrediënten van wat bekend staat als Valenciaans model van urbaniseerder. Zie, voor dit model, Muñoz Gielen, Brouwer en Winsemius (2004), 'De Valenciaanse ontwikkelingsplanologie', in *Tijdschrift voor de volkshuisvesting* (3), p. 17-21; en Gelinck en Muñoz Gielen (2006), 'Spaanse gebiedsontwikkeling', in *Tijdschrift voor de volkshuisvesting* (2), p. 18-23.

10 Engelse en Spaanse gemeenten leggen, samen met de voorwaardelijk bestemming, ook nog de kostenverhaal-eisen vast in de vorm van beleidsdocumenten die vergelijkbaar zijn met wat in Nederland nota's bovenwijkse voorzieningen heten. Dit heeft het aanvullend voordeel dat hiermee in vroege stadia duidelijkheid ontstaat over de kostenverhaal-eisen, hetgeen een positief effect heeft op de mate waarin marktpartijen bijdragen aan de kosten van openbare infrastructuur en voorzieningen, zie Muñoz Gielen, D. (2009), 'Flexibiliteit planvorming beïnvloedt tegenprestaties markt', in *Rooilijn*, Jg. 42, Nr. 3, p. 158-167.

11 Voor meer details over de werking van deze regeling in Engeland en Spanje, zie Muñoz Gielen (2010), 'Capturing value increase in urban redevelopment', Sidestone Press, Leiden, p. 283 en 327, te downloaden op: [http://www.urbsadvies.nl/attachments/proefschrift\\_MG\\_Definitieve\\_versie\\_VOOR\\_ONLINE\\_MET\\_OMSLAG.pdf](http://www.urbsadvies.nl/attachments/proefschrift_MG_Definitieve_versie_VOOR_ONLINE_MET_OMSLAG.pdf).

om het tekort te verzekeren in een anterieure overeenkomst, maar niet de rest van de kosten, dat wil zeggen niet de kosten die de gemeente zou kunnen verhalen via een exploitatieplan. De gemeente zou dan een exploitatieplan moeten vaststellen om deze kosten te verhalen. Het is al eerder aangevoerd dat veel gemeenten niet blij zouden zijn met deze uitkomst, vanuit overwegingen betreffende de nodige ambtelijke capaciteit, betreffende de risico's die verbonden zijn aan de openbaarheid van het exploitatieplan, en de risico's van verkeerde kostenramingen. Het is voornamelijk moeilijk in te schatten of en wanneer particuliere grondexploitanten deze keuze zouden maken, maar theoretisch is het wel mogelijk.

Bij kleinere bouwinitiatieven is de kans kleiner dat gemeenten vroegtijdig een exploitatieopzet (laten) opstellen. Wanneer gemeenten een voorwaardelijke bestemming zouden vaststellen bestaat het risico dat achteraf geen tekort blijkt te bestaan en de gemeente gedwongen wordt om een exploitatieplan vast te stellen. Deze onzekerheid over de financiële haalbaarheid van een bouwinitiatief zou ook enigszins kunnen opgaan voor een voorwaardelijke globale, nog uit te werken bestemming. Het kan namelijk moeilijk zijn om een exploitatieopzet te berekenen voor een globaal, nog niet uitgewerkt bouwplan. Al eerder is uiteengezet waarom veel gemeenten niet blij zijn met de plicht om toch een exploitatieplan te moeten vaststellen. Bij kleinere bouwplannen zou het nadeel kleiner kunnen zijn omdat het hierbij om simpele exploitatieplannen zou gaan, die maar één of enkele percelen zouden behelzen. Mijn verwachting is echter dat veel gemeenten ervoor zouden kiezen om op de oude weg door te gaan, d.w.z.: afwachten met planologische inpassing totdat de initiatiefnemer de anterieure overeenkomst onderkent.

Waar de regeling, zoals opgenomen in de Toetsversie, geen oplossing voor aandraagt betreft enerzijds het bredere kostenverhaal van bouwplanoverschrijdende openbare faciliteiten, en anderzijds die bouwinitiatieven waarvan de kosten volledig verhaalbaar zijn via exploitatieplannen, of het nu gaat om grote of kleine bouwplannen. Om met het tweede te beginnen: gemeenten die een voorwaardelijke bestemming zouden vaststellen maar geen tekort kunnen aantonen zouden, wanneer de initiatiefnemer zou weigeren een anterieure overeenkomst te tekenen, een exploitatieplan moeten vaststellen. Dit zou gemeenten ontmoedigen om gebruik te maken van de regeling.

Met het bredere kostenverhaal wordt bedoeld het verhalen van kosten van voorzieningen en andere

openbare faciliteiten die een bouwplanoverschrijdend karakter hebben. Dat zijn investeringen die meer dan één bouwplan dienen. Bij kleinere bouwplannen hebben openbare voorzieningen en faciliteiten eerder een bouwplanoverschrijdend karakter dan bij grotere bouwplannen. Openbare voorzieningen en faciliteiten zullen namelijk heel snel aan meer dan één (klein) bouwplan ten goede komen. Hiervan kan vooral sprake zijn in organische ontwikkelingsmodellen, waarbij de bouwplannen kleiner zijn maar de samenhang tussen aangrenzende bouwplannen natuurlijk nog steeds aan de orde is. In de Grondexploitatiewet worden deze bouwplanoverschrijdende investeringen geschaard onder de noemers 'bovenwijkse voorzieningen', 'bovenplanse kosten/verevening' en 'bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen'.

Het is de vraag of, en in hoeverre, het mogelijk zou zijn om de kosten van bouwplanoverschrijdende faciliteiten op te voeren in de exploitatieopzet van een bouwinitiatief. Als dat niet mag en de private grondexploitant zou weigeren deze kosten te betalen, dan zou de gemeente geen tekort kunnen onderbouwen, terwijl dit tekort in de praktijk er wel is (de gemeente moet de bouwplanoverschrijdende voorzieningen vroeg of laat toch realiseren). Het is mogelijk om een verband te leggen tussen de bouwplanoverschrijdende faciliteiten en een specifiek bouwplan, en aldus deze kosten wel proberen op te voeren in de exploitatieopzet. Dit kan bijvoorbeeld op basis van vastgestelde nota's bovenwijkse voorzieningen of vergelijkbare beleidsdocumenten. Het is echter de vraag of een voldoende direct verband kan worden aangetoond zodanig dat een rechter mee zou gaan met het gemeentelijk argument dat niet bijdragen aan deze kosten door de private grondexploitant een tekort veroorzaakt. Daarnaast ontbreken bij veel gemeenten bovengenoemde nota's.<sup>12</sup> Om deze redenen zouden m.i. veel gemeenten afzien van vaststelling van een voorwaardelijke bestemming en op de oude weg doorgaan.

## 6. Conclusies

De regeling in de Toetsversie van de Omgevingswet ten aanzien van voorwaardelijke bestemmingen kan ervoor zorgen dat gemeenten voldoende zekerheid kunnen geven aan marktpartijen over de bouwmogelijkheden zonder daarbij het kostenverhaal in gevaar te brengen. Marktpartijen zouden hiermee de financiering van bouwplannen beter kunnen regelen. Ook zouden de in de besluitvorming rondom bouwplannen gehanteerde criteria duidelijker en transparanter worden.

12 Zie voor een overzicht van gemeenten die nota's bovenwijkse voorzieningen en vergelijkbaar beleid hebben geïntroduceerd, Muñoz Gielen (2013), 'Vergelijking nota's bovenwijkse voorzieningen', *Grondzaken in de Praktijk*, nr. 4, p. 22-24.

De regeling zoals opgenomen in de Toetsversie kan echter nog verbeterd worden. De hierboven geschetste nadelen van de manier waarop de regeling nu is opgenomen in de Toetsversie kunnen worden gerepareerd wanneer gemeenten, zoals in Engeland en Spanje het geval is, wettelijk toegestaan wordt om de verlening van de omgevingsvergunning rechtstreeks voorwaardelijk te stellen aan een anterieure overeenkomst. De Grondexploitatiewet heeft echter als verplichte sluitstuk voor het kostenverhaal niet de anterieure overeenkomst maar een publieke directe betrokkenheid in de grondexploitatie via vaststelling van een exploitatieplan. Hierin past niet het introduceren van de mogelijkheid voor gemeenten om af te zien van een exploitatieplan, ook als er geen tekort wordt aangetoond, en alsnog de omgevingsvergunning te kunnen weigeren. Een vereenvoudiging van het instrument exploitatieplan, zoals bepleit door De Groot e.a.<sup>13</sup>, kan m.i. onmogelijk afdoende zijn. Het fundamentele principe onder het instrument exploitatieplan (directe financiële en organisatorische publieke betrokkenheid in de grondexploitatie) druist lijnrecht in tegen het streven om van het exploitatieplan een voor de gemeentelijke ambtelijke inzet en financiële risico's lichter instrument te maken. Vanuit een internationale context is het merkwaardig dat Nederland een instrument heeft gekozen om het kostenverhaal in faciliterend grondbeleid te regelen, dat de overheid alsnog opzadelt met verantwoordelijkheden en risico's die meer bij actief dan bij faciliterend grondbeleid behoren.

De Omgevingswet zou, zoals in omliggende landen vaak geregeld is, afstand moeten doen van dit uitgangspunt en een expliciete weigeringsgrond moeten creëren voor gemeenten die alleen onder de voorwaarde van een anterieure overeenkomst bereid zijn de bestemming te wijzigen. Dit zou een belangrijke stap zijn in de richting van een overheid die zuiver faciliterend grondbeleid wenst te voeren: geen directe verantwoordelijkheden dragen in de uitvoering van ruimtelijk beleid en zich uitsluitend beperken tot het creëren van de nodige kaders waarbinnen marktpartijen tot zelfrealisatie van bouwplannen mogen overgaan. Het risico dat deze regeling een door machtspolitiek afgedwongen 'betaalplanologie' teweeg zou kunnen brengen<sup>14</sup> ontkent m.i. de realiteit van het Nederlandse planologisch stelsel sinds de jaren '80. Sinds de veranderingen eind jaren '80, begin jaren '90 in

het grondbeleid (decentralisatie, opdroging rijks-subsidies aan het gemeentelijk actief grondbeleid) en het volkshuisvestingsbeleid (omslag naar vrije markt woningbouw en opdroging rijks-subsidies aan woningcorporaties) is het belang van onderhandelingen tussen overheden, projectontwikkelaars en grondeigenaren toegenomen. De publieke-private afstemming over programma, stedenbouwkundige opzet en de financiering van de daarbij behorende openbare faciliteiten en voorzieningen speelt sindsdien een steeds centralere rol. De Nederlandse wetgever heeft echter onvoldoende gedaan om deze onderhandelingen binnen een transparant kader te plaatsen waarin verantwoording mogelijk wordt. Het gevolg is dat Nederland een land is waarin het voortraject in bouwprocessen (vanaf de indiening van de eerste plannen tot de publieke besluitvorming over het bestemmingsplan) weinig transparant is. De mogelijkheid om planologische inpassing op een openbare en transparante manier voorwaardelijk te stellen aan het privaatrechtelijk kostenverhaal is een belangrijke stap om de aard en rol van publiek-private afstemmingsprocessen in overeenstemming te brengen met de eisen die een moderne maatschappij en het democratische rechtsstelsel stellen aan de besluitvorming over de ruimtelijke inrichting. Misbruik van de regeling kan m.i. worden voorkomen langs de weg van de rechtsbescherming tegen een weigering van de gemeente om de bestemming te wijzigen c.q. de omgevingsvergunning te verlenen. In Spanje en Engeland heeft misbruik in het verleden geleid tot wetgeving en jurisprudentie die gemeenten dwingen om hun eisen zorgvuldig te onderbouwen. De huidige kostensoortenlijst uit het Besluit en de Wet ruimtelijke ordening<sup>15</sup> en de drie criteria 'profijt', 'toerekenbaarheid' en 'proportionaliteit' uit de Wet ruimtelijke ordening<sup>16</sup>, beide overgenomen in de Toetsversie, bieden m.i. reeds voldoende basis voor een zorgvuldige onderbouwing van de kosten van direct aan het bouwplan gerelateerde openbare voorzieningen en faciliteiten. Wat betreft de kosten van bouwplanoverschrijdende faciliteiten (bovenwijkse voorzieningen met een indirect verband met het bouwplan, bovenplanse kosten/verevening en bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen) is er m.i. wel behoefte aan een uitbouw en uitwerking van gemeentelijk *ad hoc* beleid in de vorm van nota's bovenwijkse voorzieningen en vergelijkbare beleidsdocumenten.<sup>17</sup>

13 TBR 2013/94, p. 631 e.v.

14 Zie De Groot e.a. 2013, p. 645-646.

15 Artikelen 6.2.3 tot en met 6.2.6, en 6.2.11 lid i en lid j van het Besluit, en artikel 6.13 lid 7 van de Wet.

16 Artikel 6.13 lid 6 van de Wet.

17 Op dit moment zijn er weinig gemeenten in Nederland die dergelijk beleid voldoende hebben uitgewerkt. Toch zijn er gemeenten die, desondanks, aan particuliere grondexploitanten bijdragen vragen voor bouwplanoverschrijdende faciliteiten, terwijl ze daar onvoldoende beleidsbasis voor hebben gecreëerd. Zie, voor hoe dit beleid onderbouwt wordt en wat de verbeterpunten kunnen zijn, Muñoz Gielen (2013), 'Vergelijking nota's bovenwijkse voorzieningen', *Grondzaken in de Praktijk*, nr. 4, p. 22-24.

Er zijn m.i. wel terechte zorgen over het risico dat een andere in de Toetsversie opgenomen regeling ertoe leidt dat ontwikkelende partijen de gemeente daar waar mogelijk onder druk kunnen zetten om zo aan kostenverhaal te ontkomen.<sup>18</sup> Het gaat om de in de Toetsversie opgenomen mogelijkheid<sup>19</sup> om de gemeenteraad zelf categorieën van gevallen te laten aanwijzen waarin een exploitatieplan niet nodig is. Gemeenten zouden hiermee de bevoegdheid krijgen om categorieën van bouwplannen vast te stellen die niet onder het wettelijk verplichte kostenverhaal hoeven te vallen. Gemeenten zouden zich dan niet langer kunnen schuiven achter hun wettelijke plicht om de kosten van de grondexploitatie te verzekeren. Onder druk van ontwikkelende partijen zouden ge-

meenten alsnog bouwplannen kunnen toestaan zonder het kostenverhaal te verzekeren, met als gevolg dat de kosten achteraf moeten worden gesubsidieerd en/of dat er onvoldoende openbare infrastructuur wordt aangelegd. Dit risico zou ook aan de orde kunnen zijn bij een onzorgvuldige uitwerking van de voorwaardelijke bestemming. Daarom verdienen de vragen hoe de economische uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan (met daarin voorwaardelijke bestemmingen) onderbouwd kan worden verdere aandacht, evenals welke kosten wel of niet opgevoerd mogen worden in de exploitatieopzet. Bij beide vragen speelt de bestaande jurisprudentie over de economische uitvoerbaarheid van bestemmingsplannen een belangrijke rol.

18 Zie vooral De Groot e.a., *TBR* 2013/94, p. 645.

19 Artikel 12.1, lid 3 sub c van de Toetsversie.